

Cartagena de Indias D.T y C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Acción	POPULAR
Radicado	13-001-33-33-008-2018-000038-03
Demandante	ALBERTO MARÍN ZAMORA
Demandado	MINISTERIO DE TRANSPORTE- DISTRITO DE CARTAGENA- DEPARTAMENTO DE TRANSITO Y TRANSPORTE DE CARTAGENA- TRANSCARIBE S.A -ALIANZA FIDUCIARIA S.A.
Magistrado	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>Derechos colectivos al acceso a los servicios públicos, y a que su prestación sea eficiente y oportuna- Se revoca la sentencia de primera instancia- Se confirma el exhorto a las entidades demandadas.</i>

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por ALIANZA FIDUCIARIA S.A y TRANSCARIBE S.A, contra la sentencia del 14 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, por medio de la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda.

El señor Alberto Marín Zamora, en defensa de los derechos de la comunidad que habita en los barrios Villa Rubia, Villa Fanny, Villa Corelca I, Villa Corelca II, Ciudad Bolívar, Medellín, La Reina, Los Jardines, Sierrita, Nelson Mandela, San Pedro Mártir, La Consolata, San Fernando, Socorro y Simón Bolívar, hizo uso de la acción popular consagrada en el artículo 88 de la Constitución Política e instrumentada por la Ley 472 de 1998, con la finalidad de que se le concedan las siguientes:

3.1.1. Pretensiones¹.

1. Que se amparen los derechos al goce del espacio público, utilización y defensa de los bienes de uso público, seguridad y salubridad pública.

¹ Folio 4 Cdno 1

2. Que, como consecuencia de la anterior declaración, se ordene al DISTRITO DE CARTAGENA Y TRANSCARIBE, no suspender la ruta 6 a 37A cuyo servicio lo prestan las busetas y microbuses de transporte colectivo, mientras no se de reemplazo efectivo del servicio de transporte brindado por TRANSCARIBE con articulados, busetones, padrones y alimentadores.

3.1.2. Hechos²

Como soporte fáctico de sus pedimentos, la parte demandante expone los siguientes:

En la demanda se indica que la Alcaldía de Cartagena y el Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte-DATT profirieron el Decreto 0855 de 2015, que cancela la ruta 36A de transporte colectivo público, para ser reemplazada con el Sistema Integral de Transporte Masivo-SITM; para ello la norma en cita estipuló una condición suspensiva, que se activaría en el momento que TRANSCARIBE contara con los vehículos suficientes para cubrir la necesidad de los sectores afectados.

Expresa, que TRANSCARIBE por medio de escrito del 26 de diciembre de 2017 identificado con radicado TC-DO-0701-1497-2017, le informó a la Cooperativa Integral de Transporte Público- COOINTRACAR el cumplimiento de la condición suspensiva en la ruta No. 36A Simón Bolívar-San Fernando- Avenida Pedro de Heredia, de acuerdo al plan de implementación del Sistema Integrado de Transporte Masivo. Además, en este mismo escrito le fue comunicado al Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte-DATT, la aplicación de la condición suspensiva de la ruta No. 36A, de conformidad con el Decreto 0855 de 2015 y 0100 de 2016.

Indica que, sin haber realizado consulta a la comunidad, el 17 de enero de 2018, el DATT notificó a COOINTRACAR, la suspensión del transporte colectivo microbús que cubre la ruta 36A: Simón Bolívar- San Fernando-Avenida Pedro de Heredia.

Explica la parte demandante, que la ruta suprimida es muy importante para garantizar el acceso al servicio público de transporte de la comunidad donde ella circula, puesto que presta el servicio hasta altas horas de la noche, lo que permite el desplazamiento de trabajadores.

² Folio 1-3 y 26-29 Cdno 1

Añade, que TRANSCARIBE no cuenta con suficientes vehículos para cubrir la ruta 36A Simón Bolívar- San Fernando-Avenida Pedro de Heredia, conforme a como fue acordado desde el inicio en el proceso de implantación del sistema, puesto que solo cuenta con 9 vehículos con capacidad de 16 pasajeros sentados para cubrir el transporte de 100.000 habitantes aproximadamente; de igual forma, los intervalos de circulación de los vehículos y el horario del mismo, afecta el acceso al servicio de transporte de esa comunidad.

3.1.3.- Derechos colectivos vulnerados

El actor considera vulnerados los derechos colectivos del artículo 4 de la Ley 472 de 1998 (i) -; (iii) Acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna-literal j.

3.2 Contestación de la Demanda

3.2.1. Alianza Fiduciaria S.A³

Sostiene que, no es competente para determinar las rutas del servicio público de transporte de Cartagena y no tiene relación alguna con los demandantes. En relación a la notificación de la cancelación de la ruta de servicio público colectivo, indica que no tiene injerencia en este proceso.

Alega, que conforme al Decreto 0855 de 2015 es el DATT y TRANSCARIBE los competentes para determinar las rutas de transporte público colectivo y la frecuencia o tiempo de las mismas, por tal razón, esgrime que no entiende por qué fue vinculada a la presente acción, cuando es un tercero que no guarda relación con los hechos que se consideran violatorios de derechos.

Plantea que su único rol en desarrollo del Fideicomiso Fudo, no es óbice para que pueda ser tomada como responsable por la cancelación de la ruta, puesto que solo se limita en notificar la decisión ante el DATT, tomada por los miembros del Comité Fiduciario Fudo, de dar inicio al proceso de desintegración y desvinculación física de los vehículos de transporte público.

Propuso las excepciones de mérito, de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de nexo causal entre la ALIANZA FIDUCIARIA y el demandante, legalidad de la actuación y la falta de prueba en la que se acrediten las pretensiones de la demanda.

³ Folios 219-249 Cdno 2

3.2.2. Transcribe S.A⁴

Expone, que la falta de legitimación en la causa por pasiva es la capacidad para comparecer al proceso en calidad de demandado, en virtud de una relación sustancial previa al proceso; Así, señala que el DATT pertenece al Distrito de Cartagena, por lo que no tiene personería jurídica, puesto que no constituye una persona diferente al distrito.

Esgrime, que el servicio que presta el SITM tiene más ventajas que el anterior esquema de Transporte Público Colectivo- TPC, siendo una de ellas la seguridad vial, haciendo referencia a la “guerra del centavo” que era practicada, en el anterior sistema, donde los conductores tenían rivalidades y competencias, que se materializaban en altas velocidades no permitidas por el Código Nacional de Tránsito; además, afirma que otra ventaja son las especificaciones técnicas de las flotas, puesto que permiten la accesibilidad de personas con movilidad reducida y cuenta con sillas preferenciales.

Manifiesta, que se han visto reducidas las estadísticas de accidentes de tránsito, aduciendo que los tiempos de recorridos del SITM frente al TPC son mejores; y que los conductores en el SITM quienes trabajan turnos de 8 horas diarias, se encuentran capacitados en seguridad vial y atención al usuario.

Por otra parte, en lo alusivo a la cobertura de la ruta 36 de microbuses del TPC, alega que las rutas A102, A103 y A105 del SITM, la cubren por completo.

Por último, explica que las rutas precargas incluyen habilitación de algunas losas que hacen parte del recorrido de la ruta A103, las cuales acondicionarán, conforme al CONPES 3823; agrega, que el proyecto de rutas precargas se encuentra en el trámite de la elaboración de estudios técnicos y pliego de condiciones, para llevar a cabo el proceso de licitación para la construcción de las rutas, que se iniciará cuando sean recibidos los recursos por parte de la nación.

3.2.3. Distrito de Cartagena⁵

Manifiesta, que el SITM cubre la ruta y es eficiente, lo cual a su juicio se puede demostrar tanto con estadísticas, así como con los testimonios de la población

⁴ Folios 482-499 Cdno 3

⁵ Folios 593-601 Cdno 3

sobre la aceptabilidad del sistema en dichos sectores, los cuales se están canalizadas a través de Gestión- TRANSCARIBE S.A.

De igual manera, explica que la implementación del SITM a través de TRANSCARIBE S.A se da en el cumplimiento de sus obligaciones consistentes en adoptar medidas en pro de bajar la tasa de siniestros.

También manifiesta que, conforme al Decreto 3310 de 1999 solo está permitido la prestación de este servicio desde las 05:00 hasta las 22:00 horas, por lo tanto, no es cierto que los buses de la ruta 36A prestan el servicio las 24 horas del día; además, afirma que no se puede a través de esta acción judicial legalizar esa práctica contraria a derecho.

Formuló como excepciones de mérito, la inexigibilidad de la obligación, potestad discrecional en la instalación de medida de prevención de accidentalidad y ponderación entre el derecho a la vida y la libre locomoción-principio de las cargas públicas.

3.2.4. Ministerio de Transporte.

No presentó escrito de contestación de la demanda.

3.3. SENTENCIA IMPUGNADA⁶

Mediante providencia del 14 de diciembre de 2018, el Juez Octavo Administrativo Oral del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda.

En el proceso, el Juez de primera instancia encontró, que de los testimonios que recaudó, se colige que la suspensión de la ruta 36A Simón Bolívar- San Fernando- Avenida Pedro de Heredia, ha causado perjuicios colectivos a la comunidad, por cuanto el SIMT de TRANSCARIBE, con la que fue reemplazada, no satisface las necesidades de estos sectores, por no cumplir con las condiciones de eficiencia, oportunidad, seguridad y calidad.

Asimismo, los declarantes, a excepción del señor Álvaro Tamayo Jiménez, coincidieron en señalar que la malla vial que utiliza el SIMT no se encuentra en condiciones aptas para el tránsito de busetones, articulados o alimentadores; además, los paraderos no cumplen con estándares mínimos de calidad, pues solo se encuentran identificados con una línea amarilla

⁶ Folios 1228-1237 Cdno 7

pintada en el andén.

Por su parte, frente a la cobertura de la comunidad que utiliza el servicio, estimó que de las declaraciones de los testigos se deduce, que no cubre toda la zona, puesto que afirman el intervalo entre buses del SIMT es de 20 minutos o más, por lo que los usuarios prefieren desplazarse en otro medio de transporte hasta la avenida principal para abordar otra ruta.

En ese orden ideas, de las anteriores afirmaciones y de la inspección judicial practicada, el A Quo determinó que la cobertura de la ruta A105, es insuficiente, toda vez que el intervalo entre los buses del SITM es de 15 a 20 minutos, siendo el intervalo de recorrido entre los microbuses de 5 minutos; también, sostiene que es injustificado el transbordo en el Patio Portal que debe efectuar la comunidad para abordar la ruta A105.

En relación con el horario del servicio, el juzgador consideró que la pretensión de la parte actora se encuentra por fuera del marco normativo, dado que la Resolución 3310 de 1999 expedida por la Alcaldía de Cartagena, establece que el servicio de transporte correspondiente a la ruta 36A se debe prestar solamente entre las 05:00 a 22:00 horas, por lo que no se puede legalizar una práctica diferente.

También, constató que a través de inspección judicial que los paraderos no cuentan con las condiciones mínimas para garantizar el acceso al servicio público de transporte de manera eficiente, pues solo están identificados con una señal de tránsito de color azul, una demarcación amarilla pintada en el borde del andén y no cuenta con techos o sillas que permitan disfrutar de un mejor servicio; en virtud a lo anterior, esgrime que deberá el Distrito de Cartagena y TRANSCARIBE S.A iniciar la construcción de los paraderos.

Por otra parte, frente a la malla vial estableció que aun cuando no se encuentra en perfectas condiciones, si es apta para el tránsito de esa ruta, sin embargo, dispuso que el Distrito de Cartagena y TRANSCARIBE S.A deberán realizar los mantenimientos necesarios sobre las carreteras.

Por último, en lo alusivo a la responsabilidad de ALIANZA FIDUCIARIA S.A estableció que, si bien esta sociedad no participó en la expedición de los decretos que ordenaron la supresión de la ruta 36A, si actuó como vocera del Distrito de Cartagena, notificando a los propietarios de los vehículos sobre el proceso de “chatarización”, presionándolos para dar inicio a este,

pese a que existía una medida cautelar que permitía la circulación de estos. Teniendo en cuenta lo anterior, el A Quo encontró dentro del expediente comunicación de 11 de diciembre de 2017, en la cual la “ALIANZA FIDUCIARIA S.A notifica al señor Reinaldo Marrugo López, sobre el inicio del proceso de chatarrización”. Por esto, afirmó que está acreditado que esa sociedad afecta indirectamente la normal prestación del servicio de transporte; en consecuencia, le ordenó que se abstenga de seguir comunicando, exigiendo o requiriendo a los propietarios para que inicien el proceso antes mencionado.

Así las cosas, estipuló que el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS y TRANSCARIBE S.A, son los llamados a responder por la vulneración del derecho e interés colectivo enlistado en el literal j de la Ley 472 de 1998, por lo tanto, deberán reducir el intervalo entre los buses y cambiar el sentido de la ruta A105, para que no llegue a Patio Portal. También deberán realizar la construcción de paraderos y realizar mantenimientos en las carreteras.

En cuanto a la ALIANZA FIDUCIARIA S.A, se deberá abstener de seguir notificando o requiriendo a los propietarios de los microbuses y a las empresas que administran los vehículos de transporte de la ruta 36A, para que inicien el proceso de “chatarrización”.

También, ordenó que se mantuviera la medida cautelar decretada por ese Despacho el 11 de octubre de 2018, consistente en mantener la condición suspensiva de la ruta 36A Simón Bolívar-San Fernando- Avenida Pedro de Heredia que presta la empresa Cooperativa Integral de Transporte de Cartagena COOINTRACAR, la cual solo operará hasta que TRANSCARIBE S.A garantice la prestación del servicio público con la suficiente infraestructura que provea un servicio eficiente y eficaz a los habitantes de los barrios señalados.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN

3.4.1. Transcaribe S.A⁷

Por medio de escrito presentado dentro de la oportunidad, TRANSCARIBE S.A solicitó que se revoque en su totalidad la sentencia del 14 de diciembre de 2018, bajo los siguientes argumentos:

⁷ 1293- 1301 Cdn 7

Estima, que el Juez de primera instancia no desvirtuó los argumentos de su defensa, consistentes en la falta de legitimación en la causa por pasiva y la ausencia de violación de normas.

Explica, que el A Quo no valoró la declaración rendida por el Jefe de Operaciones del Sistema de TRANSCARIBE S.A, quien tiene los conocimientos técnicos y expuso la forma en como es eficiente el sistema, cumpliendo con los estándares técnicos exigidos por las normas; anotando que por el contrario decidió dar credibilidad a los testimonios de personas que tiene un interés directo y que no tienen la idoneidad académica o profesional para inferir si el servicio es eficiente.

Considera que el juez, no reflexionó frente a situaciones claves al momento de controvertir las pruebas testimoniales, pues denota que 4 testimonios de los líderes comunales, giraban en torno a perjuicios económicos que la comunidad estaba teniendo debido al incremento de transportes que deben tomar en horas de la madrugada, entre otras causas.

Ahora bien, explica que los testigos fueron interrogados acerca del funcionamiento de la ruta de A105, a lo que muchos expresaron no conocían sobre el tema, es decir, no sabían cómo funciona el servicio de la ruta; además, a su juicio mucha de las afirmaciones no debió ser tenidas en cuenta, como las expresadas por VEJUCA, por cuanto esta veeduría fungió como perito y alegador de intereses de la parte actora y de COOINTRACAR.

Así las cosas, colige que el juzgador de primera instancia emite afirmaciones de principios que no tienen ningún soporte técnico, por lo que a su parecer entró al plano de la subjetividad; añade, que tácitamente lo que causa la providencia objeto del recurso es suspender los efectos de un acto administrativo, lo que debe entenderse como un robo de competencia al juez contencioso administrativo.

Manifiesta, que se desprende de las pretensiones y del fallo judicial, que las solicitudes en esta acción son de carácter resarcitorias, las cuales señala son propias de una acción de grupo y no de una popular.

Por último, indica, que el hecho de caminar hacia un paradero, esperar tiempos de llegadas, adaptarse a intervalos y un nuevo régimen tarifario son cargas públicas que deben soportar los asociados en aras del bien general, el cual no

puede ceder ante los caprichos de un ciudadano de dar tratamiento de bus municipal a uno del SIMT.

3.4.2. Alianza Fiduciaria S.A⁸

Por medio de escrito presentado dentro de la oportunidad correspondiente, la parte accionada interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia.

Expone, que el Juez de no efectuó estudio ni manifestación alguna sobre las excepciones presentadas por la ALIANZA FIDUCIARIA S.A, sin embargo, resolvió declarar no probada las excepciones propuestas.

Explica, que la providencia tuvo por ciertas las afirmaciones realizadas por la parte accionante, en el sentido de que es la ALIANZA FIDUCIARIA S.A quien notifica el inicio del proceso de “chatarización”, teniendo como prueba la notificación efectuada al señor Reinaldo Marrugo López que fue suscrita por la ALIANZA FIDUCIARIA S.A como vocera y administradora del Fideicomiso Fudo, desconociendo que ello se realiza por esta sociedad pero actuando únicamente como vocera del Fideicomiso Fudo, inobservando así el artículo 1233 del Código de Comercio que establece que no existe identidad entre las sociedades fiduciarias y los patrimonios autónomos.

Sostiene, que en el presente caso la separación patrimonial de que habla el artículo antes citado, se daría entre la ALIANZA FIDUCIARIA S.A como sociedad propiamente dicha identificada con el NIT. 860.531.315-3 y ALIANZA FIDUCIARIA S.A como vocera y administradora del Fideicomiso Fudo identificado con NIT 830.531.315-2; no obstante, declara que el A Quo ordena a la ALIANZA FIDUCIARIA S.A como sociedad propiamente dicha que se abstenga de seguir notificando o requiriendo a los propietarios de los microbuses para que inicien el proceso de “chatarización”, siendo que son los miembros del Comité del Fideicomiso Fudo quienes toman esa decisión, del cual no hace parte la sociedad recurrente.

Es decir, a su juicio el Juez confunde a la ALIANZA FIDUCIARIA S.A como sociedad propiamente dicha, con uno de los fideicomisos que administra, esto es, a la ALIANZA FIDUCIARIA S.A como vocera y administradora del

⁸ Folios 1241-1245 Cdno 7

Fidecicomiso Fudo identificado con el NIT 830.053.812-2, quien nunca fue vinculada a este proceso.

Por lo tanto, estima violada su derecho a la defensa y en consecuencia debido proceso; además, esgrime que existen pruebas que fundamentan las excepciones propuestas pues no es la ALIANZA FIDUCIARIA S.A como sociedad propiamente dicha la llamada a responder. En virtud a todo lo anterior, solicita se modifique el numeral primero, en el sentido de que se declare la prosperidad de las excepciones por ella propuestas y se revoque el numeral séptimo de la sentencia.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL

Por acta del 06 de febrero de 2019⁹ se repartió el presente asunto a este Tribunal, por lo que el 19 de marzo de 2019¹⁰, se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal; con providencia del 8 de julio de 2020¹¹, se ordenó abrir a pruebas oficiosamente y calenda del 19 de noviembre de 2020¹², se decretó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, se puso en conocimiento las pruebas anexadas en esta instancia y se reconoció personería a unos apoderados.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1. Alegatos de los representantes y líderes de las comunidades¹³

Por medio de su apoderado judicial manifiestan; (i) que se encuentra plenamente corroborado a través de los medios de prueba, que los accionados atentando en contra del principio de planeación y el interés general, decidieron poner a funcionar las mencionadas rutas de SITM, aún sin cumplir con los aspectos técnicos necesarios para que el sistema entrara en operación, de esta forma, afectando los derechos de los pobladores de los barrios objeto de la presente acción, comunidades que hacen parte de sectores marginados de la ciudad y que se encuentran, muchos de ellos en estado de “*vulnerabilidad manifiesta*”, debido a su condición social, precariedad económica y de dificultad de acceso a los servicios y bienes públicos. (ii) Aducen que el SITM no tiene la capacidad técnica para brindar

⁹ Folio 2 Cdno 9 o de apelación de la sentencia.

¹⁰ Folio 4 Cdno 9

¹¹ Folios 55-57 Cdno 9

¹² Folios 79-80 íbidem

¹³ Folio 85-88 Cdno 9 o de segunda instancia

una cobertura total del servicio de transporte requerido en estas zonas, debido al gran número de habitantes y ciudadanos que habitan y residen en los barrios señalados, con ocasión de la carencia en la infraestructura del sistema, como por la ineficiencia y baja calidad del servicio, al tener unos intervalos de frecuencias entre buses de tiempos irrazonables. (iii) En igual sentido, se señala que la implementación del SITM en estas zonas, ha traído consigo una afectación a los ciudadanos que ahí habita, teniendo en cuenta que son *“sujetos de especial protección constitucional”*, dadas sus condiciones de vulnerabilidad por la precariedad económica, toda vez que en su mayoría viven y obtienen el sustento del *“trabajo informal”*.

Con atención a lo dicho, la parte solicita, que se garanticen y, se protejan judicial y administrativamente, los derechos e intereses colectivos relacionados con la movilidad, el transporte, el acceso a los servicios públicos y que su prestación sea eficiente y oportuna, los derechos de los consumidores y usuarios, el derecho a la seguridad, comodidad, tranquilidad, la libre competencia económica, la seguridad y salubridad públicas, el acceso a una infraestructura de servicios, el goce de un ambiente sano y la moralidad administrativa.

3.6.2. Alegatos del Distrito de Cartagena¹⁴

Por intermedio de su apoderado manifiesta, que la sentencia objeto de recurso, debe ser revocada debido a que se presentó una indebida valoración de las pruebas aportadas por la defensa del Distrito de Cartagena.

Empieza trayendo a colación, el artículo 365 de la Constitución Política, donde se estipula que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del estado y que es éste quien debe asegurar la eficiencia de su prestación a todos los habitantes. A su vez manifiesta que, en ese sentido, los Decretos No. 854 de 2015 y el 0098 de 2016, se expiden en cumplimiento de las normas superiores, la Ley 105 de 1993 y 336 de 1996, así como también el Decreto 170 del 2001. Se pronuncia respecto del documento CONPES 3167 del 23 de mayo de 2002, el cual estableció una política nacional orientada a mejorar el servicio de transporte público urbano de pasajeros. Sigue a mencionar el CONPES 3260 del 15 de diciembre de 2003, donde se aprobó la política pública nacional de impulsar la implantación de los sistemas integrados de transporte masivo en varias ciudades del país, como lo es Cartagena.

¹⁴ Folio 90-91 Cdno 9 o de segunda instancia

Trae a colación, que la implementación del SITM, contempla el pago por la desvinculación de los vehículos que se encuentran incluidos en el censo elaborado por el Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte de Cartagena, adoptado por el Decreto 1252 de 2011.

Continúa indicando que, no se ha vulnerado derecho colectivo alguno, ni se le ha causado un daño especial, en el entendido que en este caso, se trata del ejercicio de derechos conferidos por actos administrativos expedidos en el marco de la regulación del transporte público de pasajeros, que son revocables, como en el presente caso sucedió a través de los decretos expedidos para este fin, que a su vez se basaron en los postulados superiores de orden público para garantizar la mejora del servicio en Cartagena de Indias.

3.6.3. Alegatos de Alianza Fiduciaria S.A: no alegaron de conclusión.

3.6.4. Alegatos de las otras entidades demandadas y vinculadas: no alegaron de conclusión.

3.6.5. Ministerio Público: No rindió concepto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la segunda instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

5.1.1. Cuestión Previa.

Como quiera que el Dr. EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS, ha manifestado su impedimento para participar en la decisión que aquí se va a tomar, por estar incurso en la causal del numeral tercero del artículo 141 del C.G.P., en

consonancia con el artículo 130 del CPACA, debido a que el apoderado del Distrito de Cartagena, en su pariente en el tercer grado de consanguinidad; esta Sala acepta el impedimento y ordena la separación del mismo en este asunto.

5.2. Problema Jurídico

Para resolver el caso de marras, este Tribunal procederá a estudiar los argumentos expuestos por las partes apelantes en su recurso, conforme lo establece el art. 328 del CGP; y para ello, deberá responder los siguientes problemas jurídicos:

¿Se encuentra demostrado en el proceso, la vulneración al derecho colectivo de acceso al servicio público de transporte y a que su prestación sea eficiente y oportuna, a la comunidad de los barrios Villa Rubia, Villa Fanny, Villa Corelca I, Villa Corelca II, Ciudad Bolívar, Medellín, La Reina, Los Jardines, Sierrita, Nelson Mandela, San Pedro Mártir, La Consolata, San Fernando, Socorro y Simón Bolívar, como consecuencia de la implementación del SIMT de Cartagena en esos sectores?

Para resolver el problema jurídico se deben estudiar unos argumentos del recurso de apelación:

- ¿La acción popular puede revivir actos administrativos que perdieron vigencia, como los que permitieron a una empresa de transporte como COOINTRACAR la operación de la ruta 36A?*
- ¿Cuáles son las pruebas pertinentes para determinar que un servicio público de transporte opera de forma eficiente?*
- ¿El restablecimiento de un derecho colectivo, vulnerado con la prestación del servicio público de transporte, se logra ordenando habilitar una ruta de TPC a una empresa del sector, que por mandato legal se suspendió su operación u ordenando a la actual prestadora del servicio de transporte tomar medidas para lograr ese mejoramiento del servicio?*
- ¿Se estudiaron las excepciones propuestas por las entidades demandadas en el fallo de primera instancia?*

- *¿Existe error de hecho en el fallo de primera instancia cuando no se valora apropiadamente la totalidad de los elementos de prueba?*

5.3. Tesis de la Sala

La Sala de Decisión, conociendo el fondo del asunto, sostendrá que no se encuentra demostrado en el plenario, que exista una vulneración significativa a los derechos colectivos de las comunidades que recorría la ruta 36A de transporte colectivo de pasajeros, por medio de un estudio con base a la sana crítica, de los medios de prueba usados para determinar la eficiencia o ineficiencia del servicio de transporte que cubre esa ruta; así como en segunda instancia se corroboró que, es el SITM de TRANSCARIBE S.A, presta un servicio con las condiciones de oportunidad, eficiencia y seguridad, como se demuestra a través del informe que rindió la entidad encargada de este servicio actualmente, por lo que revocará la sentencia de primera instancia; pero a pesar de ello se confirma la exhortación a TRANSCARIBE S.A y al DISTRITO DE CARTAGENA, para que realice de las gestiones para mejorar la malla vial y la implementación de los paraderos de acuerdo a lo encontrado probado en el proceso y como una acción preventiva que garantice los derechos aquí alegados.

Igualmente, declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa de ALIANZA FIDUCIARIA S.A. por no ser esta entidad responsable de la operación de las rutas de transporte de las comunidades aquí mencionadas.

La Tesis planteada se soporta en los argumentos que a continuación se exponen.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. Marco legal y jurisprudencial de la acción popular

Las acciones populares consagradas en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política y reglamentada por la Ley 472 de 1998, tienen como finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos, cuando éstos resulten amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares. Cabe señalar que tales derechos e intereses colectivos, no son únicamente los enunciados en el artículo 4º de la Ley 472 de 1998, sino también los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados internacionales celebrados por Colombia.

Ahora bien, aunque este mecanismo de defensa judicial busque la protección de los derechos e intereses colectivos, no quiere decir que pueda ejercerse para lograr la reparación, bien sea individual o plural, del daño que ocasione la acción u omisión de las autoridades o de los particulares, por cuanto para ello el constituyente y el legislador han previsto otro tipo de acciones, como por ejemplo, las acciones de grupo del artículo 88 constitucional, desarrolladas en la Ley 472 de 1998, y el medio de control de reparación directa del artículo 140 del CPACA.

La naturaleza de las acciones populares, por tanto, es preventiva, y por lo anterior, el inciso 2º del artículo 88 de la Ley 472 de 1998 establece que éstas *“se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”*.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que los supuestos sustanciales para que proceda la acción popular son los siguientes, a saber: a) que exista una acción u omisión de la parte demandada, b) que se evidencie un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, peligro o amenaza que no es en modo alguno el que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana y, c) que haya relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de tales derechos e intereses; dichos supuestos deben ser demostrados de manera idónea en el proceso respectivo.

La acción popular tiene como objeto la protección y la defensa de los derechos e intereses colectivos y de acuerdo con el artículo 2º de la Ley 472 de 1998, procede para i) evitar un daño contingente, ii) hacer cesar el peligro, la amenaza, vulneración o agravio sobre los derechos colectivos y iii) restituir las cosas a su estado anterior, si eso es posible. Como se observa, los dos primeros objetivos de este instrumento procesal parten de la existencia de una afectación actual o próxima de los derechos, pues tienen una naturaleza preventiva para impedir la consumación del daño o evitar que el daño producido sea mayor. A su turno, la tercera finalidad de la acción popular muestra la existencia de la violación de derechos causada, por lo que se dirige a restablecer o volver las cosas a su estado anterior, no con un fin principal de reparación económica sino como un instrumento para restablecer el derecho cuyo daño ya se ha producido. En ésta última circunstancia se tiene que aunque la violación del derecho o interés colectivo ya se causó, todavía es posible reparar el daño o retrotraer alguno de los primeros efectos de la afectación de los mismos. *A contrario sensu* no procedería la acción popular

en aquellos casos en los que pese a suscitarse la violación de los derechos e intereses colectivos no es factible restablecer las cosas a su estado anterior.

De otra parte, es menester por parte del accionante que demuestre, en principio, el hecho dañoso que altera o vulnera los derechos o intereses que se pretenden proteger. Así se desprende del artículo 30 de la citada ley, al definir que la carga de la prueba corresponderá al demandante, salvo si por razones de orden económico o técnico, la parte actora está en la imposibilidad de probarlo, evento en el cual se traslada la carga probatoria a la entidad demandada o el juez de oficio deberá ordenar la práctica de las pruebas que considere pertinentes.

5.4.2 Derecho colectivo al acceso al servicio público de transporte y a que su prestación sea eficiente y oportuna.

El literal J del artículo 4 de la Ley 472 de 1998, estableció como un derecho colectivo el acceso a los servicios públicos, cualificados a que su prestación sea eficiente y oportuna.

Por su parte, del artículo 365 y numeral 23 del artículo 150 Constitucional se desprende, que los servicios públicos son inherentes a la finalidad del Estado, de tal forma que es el Congreso de la República a quien corresponde expedir las leyes que los regularán y al Estado mantener la vigilancia sobre los mismos, con independencia de la calidad de la persona (particulares o entidades públicas) que lo prestan.

De ahí, que el legislador expidió la Ley 336 de 1996, que en su artículo 5 cataloga al transporte público como un servicio público esencial, que es percibido como *“una industria encaminada a garantizar la movilización de personas o cosas, por medio de vehículos apropiados a cada una de las infraestructuras del sector, en condiciones de libertad de acceso, calidad y seguridad de los usuarios, sujeto a una contraprestación económica”*¹⁵

La Corte Constitucional, ha caracterizado este servicio en los siguientes términos:

El servicio público de transporte presenta las siguientes características: i) Su objeto consiste en movilizar personas o cosas de un lugar a otro, a cambio a una

¹⁵ Artículo 3 de la Ley 105 de 1993, *Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones.*

13-001-33-33-008-2018-00038-03

contraprestación pactada normalmente en dinero. ii) Cumple la función de satisfacer las necesidades de transporte de la comunidad, mediante el ofrecimiento público en el contexto de la libre competencia; **iii) El carácter de servicio público esencial implica la prevalencia del interés público sobre el interés particular, especialmente en relación con la garantía de su prestación - la cual debe ser óptima, eficiente, continua e ininterrumpida -, y la seguridad de los usuarios - que constituye prioridad esencial en la actividad del sector y del sistema de transporte** (ley 336/96, art. 2º). iv) Constituye una actividad económica sujeta a un alto grado de intervención del Estado; v) El servicio público se presta a través de empresas organizadas para ese fin y habilitadas por el Estado. vi) Todas las empresas operadoras deben contar con una capacidad transportadora específica, autorizada para la prestación del servicio, ya sea con vehículos propios o de terceros, para lo cual la ley defiere al reglamento la determinación de la forma de vinculación de los equipos a las empresas (ley 336/96, art. 22); vii) Su prestación sólo puede hacerse con equipos matriculados o registrados para dicho servicio; viii) Implica necesariamente la celebración de un contrato de transporte entre la empresa y el usuario. ix) Cuando los equipos de transporte no son de propiedad de la empresa, deben incorporarse a su parque automotor, a través de una forma contractual válida. (Negrita fuera de texto)

Lo anterior, permite aducir que tanto las características propias del servicio público de transporte como la protección que emana del artículo 4 de la Ley 472 de 1998, implican que este servicio se preste de tal forma que sea oportuno, eficiente y propenda por la protección de los usuarios¹⁶; por eficiencia debe entenderse que la prestación del servicio debe darse “utilizando y disponiendo del mejor modo posible los instrumentos o recursos necesarios para cumplir con los fines propuestos¹⁷” y en cambio, por oportunidad, se debe interpretar como “la respuesta dentro de un plazo razonable que debe tener un usuario cuando requiera estos servicios, así como la permanencia de la prestación de los mismos”¹⁸.

Es decir, que de darse la prestación del servicio de transporte sin los elementos que lo cualifican, se estaría en presencia de la violación de este servicio, toda vez que esos elementos, es decir, la oportunidad y eficiencia hacen parte de la naturaleza del mismo:

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia del 29 de enero de 2014. Exp. D-9753.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 19 de abril de 2007. Rad: 54001-23-31-000-2003-00266-01 (AP)

¹⁸ Ibídem.

“La vulneración de este derecho colectivo entonces se manifiesta cuando se lesione el interés subjetivo de la comunidad a que le presten servicios públicos de manera eficiente y oportuna. Para ello se hace necesario una acción u omisión frente al requerimiento de la comunidad de convertirse en usuaria del respectivo servicio; también acciones precisas pueden atentar contra los atributos de eficiencia y oportunidad que deben caracterizar a los servicios públicos. Para evitar efectivas lesiones a ese derecho o interés colectivo, el juez de la acción popular ordenará prestar el servicio determinado a quienes detentan esta expectativa o impondrá algunas medidas o requerimientos que redunden en eficiencia y oportunidad y consecuentemente en un mejor estado de cosas para los usuarios¹⁹” (negrita fuera de texto)

5.4.3. La legitimación material en la causa por pasiva.

Es preciso abordar el tema de la legitimación en la causa, identificando la existencia de dos clases: activa y pasiva; conforme la jurisprudencia del H. Consejo de Estado por legitimación en la causa por activa se entiende la identidad del demandante con el titular del derecho subjetivo, es decir, quien tiene la vocación jurídica para reclamarlo y, por el lado pasivo, es la identidad del demandado con quien tiene el deber correlativo de satisfacer el derecho²⁰. La legitimación es, por lo tanto, un presupuesto material de la sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado.

El H. Consejo de Estado²¹ ha citado al tratadista Giuseppe Chiovenda, quien en su libro “Curso de derecho procesal civil” se refiere a la legitimación en la causa en los siguientes términos:

“Con ella [se refiere a la legitimación en la causa] se expresa que, para que un juez estime la demanda, no basta con que considere existente el derecho, sino que es necesario que considere que éste corresponde precisamente a aquel que lo hace valer y contra aquel contra quien es hecho valer, o sea, considere la identidad de la persona del demandado con la persona contra quien se dirige la voluntad de la ley” (Negrita fuera de texto)

¹⁹ Ver sentencia nota al pie No. 12

²⁰ Sentencia de 13 de febrero de 1996, exp. 11.213. En sentencia de 28 de enero de 1994. Exp. 7091, el Consejo de Estado expuso: “En todo proceso el juzgador, al enfrentarse al dictado de la sentencia, primeramente deberá analizar el aspecto relacionado con la legitimación para obrar, esto es, despejar si el demandante presenta la calidad con que dice obrar y si el demandando, conforme con la ley sustancial, es el llamado a enfrentar y responder eventualmente por lo que se le enrostra. En cuanto a lo primero, se habla de legitimación por activa y en cuanto a lo segundo, se denomina legitimación por pasiva.”

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera- Subsección C. Sentencia del 26 de septiembre de 2012. Radicación: 05001-23-31-000-1995-00575-01 (24677)

Así, se tiene que en específico la falta de legitimación en la causa por pasiva debe entenderse como aquella aptitud del sujeto demandado a responder en la relación jurídica sustancial.

Ahora bien, a su vez la legitimación en la causa tiene una doble dimensión, la de hecho y la material; la primera, debe entenderse como aquella que nace con la presentación de la demanda y la notificación del auto emisario, donde los sujetos toman las posiciones de demandante (activa) o demandado (pasiva), quedando facultados para intervenir en el trámite y ejercer sus derechos.

En lo alusivo a la legitimación material en la causa, el Honorable Consejo de Estado, en sentencia²² con ponencia del Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sostuvo:

“(…) la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño. En un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra....” (Subrayado fuera del texto)

Así las cosas, queda claro que la legitimación de hecho en la causa por pasiva se configura al inicio del proceso, al tomar un sujeto la posición de demandado puesto que se le imputa como sujeto generador del daño; por el contrario, estamos frente a la legitimación material en la causa por pasiva, cuando la parte demandada tuvo una participación efectiva en los hechos que dieron origen a la demanda o es el llamado por la ley a responder²³.

²² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 25 de marzo de 2010 expediente 05001-23-31-000-2000-02571-01 (1275-08)

²³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA-SUBSECCIÓN C. Sentencia del 26 de septiembre de 2012, Radicado: 05001-23-31-000-1995-00575-01 (24677) “Por consiguiente, la legitimación material en la causa alude a la participación

En relación al punto antes planteado, esto es, la legitimación material en la causa por pasiva, debido a que es una condición necesaria para obtener una decisión favorable a las pretensiones, por regla general es objeto de estudio al momento de decidir el fondo del asunto, es decir en la sentencia, puesto que la misma se puede verificar como consecuencia del estudio probatorio²⁴.

5.4.2. Conducencia, utilidad y pertinencia de los medios de convicción.

Sea lo primero señalar, que las pruebas se erigen como los elementos o medio de convicción aportados por las partes o requeridos por el juez, con sujeción a las ritualidades y con respeto a las oportunidades consagradas en la ley, para llevar al operador judicial al convencimiento sobre los hechos discutidos y así poder resolver el problema jurídico planteado.

Dichos medios de convicción, conforme con la regla establecida en el artículo 211 de la Ley 1437 de 2011²⁵ se rigen por lo establecido en el Código General del Proceso, concretamente en su Sección Tercera, Título Único, Capítulo I, que instituye el régimen probatorio.

En dicho compendio normativo se enuncian los medios de prueba que pueden ser usados por las partes, entre los cuales se encuentran: i) la declaración de parte, ii) la confesión, iii) el juramento, iv) el testimonio de terceros, v) el dictamen pericial, vi) la inspección judicial, vii) los documentos, viii) los indicios, ix) los informes y, x) cualesquier otro medio que sea útil para la formación del convencimiento del juez.

Es decir, los sujetos procesales tienen libertad probatoria, lo que se traduce en que pueden hacer uso de los elementos de convicción que la ley adjetiva enuncia para lograr la respuesta al problema jurídico planteado a favor de sus intereses. Sin embargo, dicha regla no es absoluta, pues quien postula el medio de convicción, debe respetar el debido proceso, así como también,

real de las personas en el hecho o acto jurídico que origina la presentación de la demanda, independientemente de que éstas no hayan demandado o que hayan sido demandadas"

²⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA-SUBSECCIÓN A. Sentencia del 5 de marzo de 2020, Radicado: 41001-23-31-000-1999-00201-01(52294)

²⁵ Artículo 211 de la Ley 1437 de 2011. Régimen probatorio. En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en lo que no esté expresamente regulado en este Código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil.

garantizar que éstos son conducentes, pertinentes y útiles para el fin que persiguen.

Ello cobra relevancia dado que son características propias de las pruebas en el marco del proceso, las cuales deben atender el fin perseguido, por ende, corresponde al juez de cada caso, determinar conforme con la fijación del litigio planteada si los medios probatorios allegados o solicitados por los sujetos procesales son adecuados para demostrar el hecho objeto de controversia –conducencia-, guardan relación con los hechos relevantes –pertinencia- y emanan como necesarias para demostrar el hecho –utilidad-.

En cuanto a las mencionadas características, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado²⁶:

*"... La **conducencia** consiste en que el medio probatorio propuesto sea adecuado para demostrar el hecho. La **pertinencia**, por su parte, se fundamenta en que el hecho a demostrar tenga relación con los demás hechos que interesan al proceso. La **utilidad**, a su turno, radica en que el hecho que se pretende demostrar con la prueba no debe estar ya demostrado con otro medio probatorio. Finalmente, las pruebas, además de tener estas características, deben estar permitidas por la ley."*

En conclusión, si bien las partes tienen libertad probatoria, deben tener en cuenta que, para lograr el decreto por parte del juez de los medios de convicción allegados al proceso, para demostrar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen, deben ser i) conducentes, ii) pertinentes y iii) útiles.

5.5. Caso concreto.

5.5.1. Hechos probados

En el presente asunto se aportaron y practicaron las siguientes pruebas:

- Derecho de petición radicando ante la Alcaldía Mayor de Cartagena, en fecha 14 de diciembre del 2017, con radicación EXT-AMC-17-0088408.²⁷ (Prueba de la solicitud hecha por el actor a la Alcaldía de Cartagena)

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, auto del 19 de agosto de 2010, Radicación número: 25001-23-27-000-2007-00105-02(18093). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 13 de junio de 2016, M.P Rocío Araújo Oñate, Radicado No. 110010328000201600005 00.

²⁷ Folios 6-7 Cdno 1

- Notificación de inicio de proceso de chatarrización de vehículo, enviada por Alianza Fiduciaria S.A al señor REYNALDO MARRUGO LÓPEZ, enviado el día 14 de diciembre del 2017.²⁸ (Prueba de la calidad en que Actuó Alianza Fiduciaria S.A)
- Contrato de Fiducia Mercantil constitutivo del Fideicomiso Fudo y su otrosíes. ²⁹ (Prueba de calidad en que actuó Alianza Fiduciaria S.A)
- Mapas comparativos de la ruta de transporte colectivo 36 vs ruta de servicios del STIM.³⁰ (Prueba de la cobertura del SITM respecto de la ruta 36A)
- Gráfica comparativa de la oferta vs demanda de la ruta A105.³¹ (Prueba de la suficiencia de la oferta del SITM)
- Resolución No. 3310 del 30 de julio de 1999, expedida por la Alcaldía de Cartagena.³² (Prueba los horarios de operación de la ruta 36)
- Informe de mantenimiento de los buses del SITM y su composición de elementos de seguridad e indicadores de los mismos.³³ (Prueba de la calidad del servicio)
- Informe de socialización de las rutas objeto de este proceso.³⁴
- Oficio TC-GE-0701-1741 de 2017 dirigido a Fernando Niño Mendoza, director del DATT, por el gerente de Transcaribe frente a la cancelación de la ruta No. 37 de TPC, aclarando que la ruta a cancelar es la 36 (Simón Bolívar-San Fernando – Av. Pedro Heredia – Centro y viceversa)³⁵
- Oficio TC-DO-07.01-0475 de 2018 dirigido por Álvaro Tamayo Jiménez como Director de operaciones de Transcaribe S.A. al Distrito de Cartagena, sobre la cobertura de esa empresa sobre la antigua ruta 37 administrada por COOINTRACAR y la ruta 6 del TPC.³⁶
- Decreto Distrital No. 0855 del 10 de julio de 2015, expedido por la Alcaldía de Cartagena, con respuesta al recurso de reposición.³⁷ (Prueba del trámite administrativo mediante el cual se levantó la condición suspensiva para el funcionamiento del SITM)

²⁸ Folio 16 Cdno 1

²⁹ Folios 272-326 Cdno 2

³⁰ Folios 512-517 Cdno 3 y 602-608 Cdno 4

³¹ Folios 518 Cdno 3

³² Folios 523-529 Cdno 3 y 699-705 Cdno 4

³³ Folios 530-537 Cdno 3 y 647-661 Cdno 4

³⁴ Folios 538-560 Cdno 3, 609-646 y 662-697 Cdno 4

³⁵ Folio 698 Cdno 4

³⁶ Folios 706-707 Cdno 4

³⁷ Folios 506-511 Cdno 3 y 710-720 Cdno 4

- Decreto No. 0100 de 22 de enero de 2016, expedido por la Alcaldía de Cartagena.³⁸ (Prueba del trámite administrativo para controvertir los Actos administrativos)
- Ruta A105 Simón Bolívar – Socorro - Portal³⁹
- Oficio y Cd aportado por Transcaribe S.A. que contienen los documentos COMPES que dieron origen al SITM y las resoluciones expedidas por el ministerio de transporte sobre la creación de dicha entidad.⁴⁰
- Audiencia de pruebas donde se recibieron los testimonios e interrogatorios de parte y Cd que la contiene en la parte final del cuaderno 7.⁴¹ (Prueba de las circunstancias en las que se presta el servicio del SITM)
- Acta de inspección judicial y Cd que la contiene en la parte final del cuaderno 7.⁴²
- Informe del Distrito de Cartagena sobre diversos decretos expedidos entre 2011 y 2015 que implementan el SITM en esta localidad.⁴³
- Informe de Transcaribe S.A, con radicado TC-DO-07.01-1196-2020, de fecha 17 de julio del 2020.⁴⁴ (Prueba de la prestación actual del servicio del SITM que cubre la antigua ruta 36)
- Informe de COOINTRACAR LTDA., de fecha 18 de noviembre del 2020.⁴⁵ (Prueba extemporánea de la prestación de la Ruta 36 antes de la entrada en operación del SITM)

5.5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial expuesto.

En el presente asunto, el señor Alberto Marín Zamora demandó la protección de los derechos, de la comunidad que habita en los barrios Villa Rubia, Villa Fanny, Villa Corelca I, Villa Corelca II, Ciudad Bolívar, Medellín, La Reina, Los Jardines, Sierrita, Nelson Mandela, San Pedro Mártir, La Consolata, San Fernando, Socorro y Simón Bolívar, al acceso al servicio público de transporte y a que su prestación sea eficiente y oportuna, toda vez que en apariencia han sido vulnerados con la supresión de la ruta 36A de microbuses "Simón Bolívar-San Fernando- Avenida Pedro de Heredia" y la consecuente implementación del SIMT, que al momento del inicio de esta acción, no demostró contar con

³⁸ Folios 721-735 Cdno 4

³⁹ Folios 778-779 Cdno 4

⁴⁰ Folios 1131-1132 Cdno 6

⁴¹ Folios 1142-1145 Cdno 6, 1234-1236 y 1311 Cdno 7

⁴² Folio 1146 Cdno 6 y 1310 Cdno 7

⁴³ Folios 1302-1303 bis Cdno 7

⁴⁴ Folios 58-69 Cdno 9

⁴⁵ Folios 71-78 Cdno 9

una operación suficiente, ostensible en que el intervalo entre estos buses era distante y los paraderos no contaban con las especificaciones técnicas.

En la sentencia de primera instancia, se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, toda vez que el Juez de conocimiento encontró probada la vulneración alegada por la parte accionante y denegó el resto de las pretensiones; sin embargo, la empresa TRANSCARIBE S.A. interpuso recurso de apelación sustentándose en los siguientes argumentos: i) En el proceso está probado que no es competencia de ellos la cancelación de las rutas, sino del Distrito de Cartagena; ii) No se valoró el testimonio del Jefe Operativo del Sistema de TRANSCARIBE y por el contrario se tuvieron en cuenta testimonios de personas sin los conocimientos técnicos idóneos; iii) El Juez Popular debilitó la ejecutoriedad de unos actos administrativos que no son anulables mediante el trámite de la acción popular sino a través de otro medio de control; iv) Tanto de los contratos de operación suscritos por TRANSCARIBE, como de los decretos expedidos por el Distrito, no existe prueba alguna, que permita inferir la transgresión de los derechos colectivos alegados por el accionante, ya que los mismos gozan de un fuero constitucional y legal de la autoridad competente y en sede de acción popular, no son actos administrativos anulables.

En similar sentido se manifestó ALIANZA FIDUCIARIA S.A., esgrimiendo la falta de valoración probatoria del Fallador, al no declarar probadas ninguna de las excepciones propuestas, siendo que se tenían como probados hechos, que darían arribo a declarar prosperas, las que se refieren a la legitimación en la causa por pasiva de esta empresa, a pesar de haberla reconocido como un tercero ajeno a la problemática.

Seguimos entonces, a dar respuesta a las incógnitas planteadas para resolver el problema jurídico principal; entonces es necesario analizar si: *¿La acción Popular puede revivir actos administrativos que perdieron vigencia, como los que permitieron a una empresa de transporte como COOINTRACAR la operación de la ruta 36A?*

Se debe afirmar que, en efecto el SITM de Cartagena, es un sistema adoptado en su mayoría por acto administrativo, y teniendo en cuenta lo probado dentro del proceso y ratificado en la sentencia de primera instancia, tanto como de los contratos suscritos entre Transcaribe S.A. y el Distrito de Cartagena, ni de los Decretos expedidos por este último, se desprenden transgresiones a los derechos e intereses colectivos que aquí se discuten, aunado en que, ya existe un proceso ante la Jurisdicción Contenciosa resuelto por el Juez Séptimo

Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, bajo el radicado 00036-2018, donde precisamente se atacaron los Actos Administrativos 334 de 2011, 1252 de 2011 y 0855 de 2015, dicho proceso tuvo como fallo en primera instancia la negativa a declarar la nulidad de los Actos Administrativos ya mencionados, y actualmente se surte la apelación de dicha sentencia ante esta Corporación.

Por lo anterior, es ajustado a derecho, colegir que si bien a través de las acciones populares es posible el enjuiciamiento de actos administrativos, lo que posibilitaría a este Juez anular el mismo en virtud del inciso segundo del artículo 144 del CPACA. Este último criterio permitido en la jurisprudencia⁴⁶; no es aplicable a este asunto, puesto que no se está cuestionando la legalidad de unos actos administrativos, como los que dieron lugar al cumplimiento de la condición suspensiva, que terminó en la implementación del SITM y la supresión de la ruta de TPC 36A, en las comunidades que alegan la vulneración de sus derechos; especialmente si se tiene en cuenta que ya existe una demanda por el medio de control de nulidad y restablecimiento en curso.

Siguiendo la resolución al problema jurídico principal, se debe pasar a estudiar: *¿Cuáles son las pruebas pertinentes para determinar que un servicio público de transporte opera de forma eficiente? y ¿existió error de hecho en el fallo de primera instancia cuando no se valoró apropiadamente la totalidad de los elementos de prueba?*

En este orden de ideas, debemos referirnos la idoneidad de las pruebas que tuvo en cuenta el Juez de primera instancia como sustento de sus conclusiones, teniendo como parámetro que, para un medio de prueba tener relevancia a la hora de probar un hecho, este debe satisfacer los parámetros de conducencia, pertinencia y utilidad⁴⁷; tal como lo establece el artículo 28 de la Ley 472 de 1998 en concordancia con el artículo 168 del C.G.P.

⁴⁶ Sentencia C-644 de 2011 y Sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 13 de febrero de 2018, radicación No. 250002315000200202704-01,

⁴⁷ “[...] por esencia, la prueba judicial es un medio procesal que permite llevar al juez el convencimiento de los hechos que son materia u objeto del proceso y, por ende, le permite tomar una decisión fundada en una determinada realidad fáctica. Eso es lo que significa que la decisión judicial deba fundarse en las pruebas oportunamente aportadas al proceso. Para la admisión de las pruebas, la práctica y los criterios de valoración deben observarse las normas del Código de Procedimiento Civil, conforme lo establece el artículo 168 del Decreto 01 de 1984, y algunas otras reglas propias del proceso en el que se decreten. Las disposiciones del C.P.C. frente al régimen probatorio indican que las pruebas deben referirse al asunto materia del proceso y que “el juez rechazará in limine las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas”. Lo anterior significa que para determinar si procede el decreto de las pruebas propuestas por las partes, el juez debe analizar si éstas cumplen los requisitos legales, esto es, los requisitos de conducencia

Como circunstancia principal, tenemos que se dio primordial importancia al medio de la prueba testimonial, en donde encontramos el primer yerro valorativo, toda vez que, en varias de las declaraciones recogidas, se hace una interpretación dual, al momento que se le da el carácter de interrogatorio de parte y de testimonio, a las declaraciones de ERICK URUETA BENAVIDES, ABEL ARRÁEZ DÍAZ, JANETH GARCÍA SIERRA, AMIRA RODRÍGUEZ GÓMEZ y ALBERTO MARÍN ZAMORA.

De lo anterior es pertinente pronunciarse, respecto de que son dos finalidades diferentes la de ambos medios de prueba; una es la del interrogatorio de parte, que tiene como fin lograr la confesión, y de la misma es predicable afirmar que no habría utilidad en dicha prueba, en el entendido que, en el trámite de la Acción Popular no es admisible que un interviniente, en este caso miembros de la comunidad y veedurías, confiesen respecto de asuntos que comprometen a toda una comunidad o a diversos grupos de ciudadanos. Mientras que, a *contrario sensu*, si tendría utilidad la prueba del testimonio, la cual tiene como objeto, el dar certeza sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar, en que ocurrieron los hechos objeto de controversia.

En el caso que nos compete, siendo que lo que se quiere probar es si la prestación del servicio de transporte es oportuna, eficiente y segura, esta Sala considera que el medio de prueba testimonial no complace el criterio de conducencia de la prueba, en el entendido que personas sin conocimiento técnico sobre el funcionamiento de un sistema de transporte complejo, no son las cualificadas para emitir un concepto sobre la eficiencia del SITM.

Con base a lo anterior, esta Sala tendrá en cuenta los testimonios realizados, a los que el A quo referencia en las consideraciones de su sentencia, de donde se desprenden hechos indicadores de las circunstancias en las que se prestaba el SITM al momento de que se practicaron lo mismos.

pertinencia, utilidad y legalidad. La conducencia consiste en que el medio probatorio propuesto sea adecuado para demostrar el hecho. La pertinencia, por su parte, se fundamenta en que el hecho a demostrar tenga relación con el litigio. La utilidad, a su turno, radica en que el hecho que se pretende demostrar con la prueba no esté suficientemente acreditado con otra. Finalmente, las pruebas, además de tener las características mencionadas, deben estar permitidas por la ley". Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del quince (15) de marzo de dos mil trece (2013). Radicación número: 15001-23-31-000-2010-00933-02(19227). (Subrayado fuera de texto.)

Es dable realizar un análisis similar, al medio de prueba de inspección judicial, específicamente en determinar que no cumple con el criterio de utilidad de la prueba, respecto dar certeza sobre la eficiencia del SITM, ya que esta Sala considera que no es el medio idóneo para determinarla, por el hecho de que el titular de un despacho judicial no es el llamado a poseer los conocimientos técnicos necesarios para hacer el respectivo análisis, sino más bien de ahí se pueden obtener indicios sobre si, el SITM de Cartagena, se viene implementando gradualmente y se requiere un periodo de adaptación, para que la comunidad se adecue a los cambios realizados y, que la autoridades continúen con su puesta en funcionamiento y adecuación.

Por lo que para esta Sala, es necesario tener en cuenta los informes que pueden proporcionar las entidades o empresas que materialmente tienen que ver con el funcionamiento de los sistemas de transporte a los que hacemos referencias, ya que son estas quienes tienen los datos estadísticos concretos, que servirán para acercarnos lo más posible a un estado de certeza respecto de los hechos, unido a un testimonio técnico o a un dictamen pericial de un ingeniero como especialidad en vías o sistemas de transporte terrestre; pruebas que no se recepcionaron en el curso de la primera instancia. Adicionalmente, en la inspección judicial se dejó constancia que el recorrido del centro al barrio Medellín demoró desde las 2: 15 p.m a las 3:26 p.m, es decir, una hora y once minutos y en el informe rendido por COOINTRACAR, en segunda instancia, a pesar de haberse presentado extemporáneamente, será valorado, se manifiesta que el recorrido demora 1:52.00, lo que llevaría a concluir que se demora más un recorrido en los microbuses y busetas que prestan el servicio en la ruta 36 a que en el sistema de transporte masivo prestado por Transcaribe.

Así las cosas, se hace menester pronunciarse de lo probado en el proceso respecto del estado actual de la prestación del servicio de transporte en los barrios que recorría la antigua ruta 36A; para tal fin la sala se permite transcribir apartes del informe presentado por Transcaribe.



Es pertinente indicar que las rutas del SITM TRANSCARIBE S.A., que tienen una amplia cobertura en cada uno de los barrios solicitados, funcionan bajo el principio de INTEGRACIÓN, así:

- La reina: A107 y la C001 (en este momento debemos precisar que el recorrido de esta ruta fue temporalmente modificado ya que se están ejecutando las obras de las rutas precargas del SITM, una vez se culminen las mismas, esa ruta volverá a su recorrido habitual).
- Los jardines: A107, C001, A104, A105, X105
- San Pedro Mártir: A107 y la C001 (en este momento debemos precisar que el recorrido de esta ruta fue temporalmente modificado ya que se están ejecutando las obras de las rutas precargas, del SITM. Una vez se culminen las mismas, esa ruta volverá a su recorrido habitual).
- La Consolata: A107, C001, A104, A105, X105
- Villa Rubia: A107, C001, A104, A105, A105
- Villa Fanny: A103, A104
- Ciudad Bolívar: A101, A102, X101, X106, X103
- Medellín: A105, A103, X105
- San Fernando: A103, A104, C001, A105, x105
- Sierrita: A103, A104
- Nelson Mandela: A103, A104
- Villa Corelca I: A104
- Villa Corelca II: A104
- El Socorro: A104, A105, X105, C001
- Simón Bolívar: A105, A102, A101, X106, X103

Gráfica Número uno.

De lo antes expuesto se concluye que la ruta A105, no es la única que le presta el servicio a los barrios que antiguamente cubría la ruta 36A, sino que además de la primera de las mencionadas existen diez rutas adicionales que cubren los 15 barrios en este momento. Si bien al momento de contestar la demanda en abril de 2018, TRANSCARIBE S.A, manifestó que solo contaba con 9 busetones para cubrir la ruta A105, sin embargo, de la prueba oficiosa decretada en el trámite del recurso de apelación de la sentencia, fue posible constatar en el informe que presentó la antes mencionada recurrente, que la prestación del servicio que cubría la ruta 36A, no se limita a las ruta A105, sino que actualmente consta de varias otras rutas, que operan de forma integrada y con una capacidad mucho mayor a la del anterior modelo de transporte colectivo, que cubre,

Del mismo informe, que presentó TRANSCARIBE S.A, es importante rescatar que, a pesar de que la inspección judicial, que se realizó en el 2018, en primera instancia, se corroboró que el tiempo de espera para la ruta A105 era en promedio de 20 minutos, en la actualidad TRANSCARIBE S.A aduce que los intervalos de tiempo de las diferentes rutas que cubren la totalidad de la antigua ruta 36A, son los siguientes:

RUTA	NOMBRE	NUMERO DE VEHICULOS	TIPOLOGIA	CAPACIDAD VEHICULO	INTERVALO
A101	La carolina -Portal	6	Buseton	50	6.5
A102	Univ. Tecnologica-Portal	7	Buseton	50	6
A103	Mandela-San Fernando-Santa Lucia	12	Buseton	50	5
A104	Mandela-Socorro-Santa Lucia	9	Buseton	50	8
A105	Simon bolivar-socorro-portal	6	Buseton	50	11
A107	Blas de Lezo-Santa Lucia	12	Buseton	50	5,2
C001	Ciudadela 2000-manga-centro	20	Buseton	50	8,5
X101	Campanos-Gaviotas-13 de Junio - Centro	35	Padron	90	3,5
X103	Variante-consulado-centro	20	Padron	90	6.5
X105	Ciudadela 2000 - Crisanto Luque - Bocagrande	23	Padron	90	6
X106	Variante-Centro	19	Articulado dual	140	5.8

cuadro número 1

Demanda real de pasajeros vs demanda operativa (demanda contemplada en el diseño operacional):

COD RUTA	NOMBRE DE RUTA	DEM REAL	DEM OPER
T100E	Portal-Centro	17981	20537
A102	Univ. Tecnologica-Portal	2370	6873
T101	Portal-Centro	13278	19011
X106	Variante-Centro (cambio de tipologia)	14523	16879
T103	Portal-Bocagrande	15214	28856
T102	Portal-Crespo	9682	16742
X102	Portal-bosque-centro	8990	15756
X104	Terminal -Pedro Romero-centro	9544	20666
X103	Variante-consulado-centro	7469	24301
X101	Campanos-Gaviotas-13 de Junio - Centro	10650	27911
X105	Ciudadela 2000 - Crisanto Luque - Bocagrande	8299	35486
A101	PORTAL - LA CAROLINA	2265	1591
A103	Mandela-San Fernando-Santa Lucia	1775	8270
A104	Mandela-Socorro-Santa Lucia	1461	4361
A105	Simon bolivar-socorro-portal	820	8593

Cuadro número dos

De lo anterior, se llega a la conclusión que, en la actualidad la cobertura en número de buses, cantidad de pasajeros que se pueden movilizar y los intervalos de tiempo entre cada vehículo, son suficientes para considerar que el servicio que presta el SITM es eficiente y oportuno, cuenta con la capacidad de mover más pasajeros que el modelo de sistema anterior y cubre la totalidad de los barrios que dan origen a esta acción, teniendo aún mayor cobertura, en

otras zonas que la antigua ruta 36A no recorría, por lo que no se podría predicar una afectación, a los derechos de los vecinos de los barrios que cubría la precitada ruta de Transporte Público Colectivo.

Así también, se debe pronunciar esta Sala sobre el informe que presentó la empresa COOINTRACAR LTDA., en obediencia a lo ordenado por este despacho, cuyo contenido posee relevancia para ayudar a resolver el problema jurídico principal planteado.

De este informe antes descrito, se puede rescatar como relevante la siguiente información sobre la ruta 36A:

- La ruta es cubierta por 20 vehículos tipo microbús y 44 tipo buseta.
- Los microbuses cuentan con una capacidad de movilizar 19 pasajeros y las busetas capacidad de movilizar 31 pasajeros.
- El intervalo o frecuencia de despacho de estos vehículos es de cada 3 minutos.
- Entre los 20 microbuses y las 44 busetas, al realizar 8 recorridos al día cada uno, se cuenta con una capacidad combinada de movilizar 23,104 pasajeros al día.

Ahora bien, resulta pertinente realizar una comparación de los datos suministrados por COOINTRACAR LTDA. frente a los que proporcionó TRANSCARIBE S.A. en su respectivo informe.

DATOS	COOINTRACAR LTDA	TRANSCARIBE S.A
Número de vehículos	64	169
Número de pasajeros que se puede movilizar por día	23,104	255,833

Cuadro número tres

De los datos anteriores se concluye que, i) Transcaribe cuenta con una mayor flota de vehículos, por ende puede movilizar mayor capacidad de pasajeros por día; ii) al ser Transcaribe un sistema integrado, que cuenta con diferentes rutas, tiene una capacidad mayor de cobertura, que la prestada por el anterior sistema de transporte colectivo; iii) es acertado arribar que, el SITM es un sistema más eficiente que el sistema de TPC anterior, toda vez que cuenta con una mayor capacidad de movilizar pasajeros al día, así como también posee un área de cobertura mayor al tener diferentes rutas integrados, en

contraprestación a la limitación que tenía la ruta 36A de ceñirse al recorrido que le fue estipulado normativamente, tal como demostrado en los párrafos anteriores.

En conclusión, para determinar, si existe vulneración del derecho colectivo alegado, esta Corporación, haciendo uso de los elementos o requisitos de la eficiencia, oportunidad y calidad del servicio de transporte, encontrando que el servicio prestado por Transcribe de la ruta 36 A, hoy es operada por las rutas A 107, C 001, A 104, A105 ,X 105, A 102, A 103, A 101, ver informe presentado en segunda instancia⁴⁸, con un número de busetón y padrón (ver cuadro número uno), con unos intervalos mínimos de 5 minutos y máximo de 11 minutos, con un total de 169 vehículos, con una capacidad de 50, 90 y 140 pasajeros lo que a todas luces nos indica que comparado con el informe presentado por COINTRACAR, con 64 vehículos, el servicio no ha desmejorado, sino al contrario tiene mas cobertura y mayor capacidad de transporte el sistema SITM, por lo que no puede ser de recibo que existe la vulneración del derecho colectivo alegado.

En ese mismo orden de ideas, las declaraciones del parecer de unos miembros de la comunidad y el hecho de que los vehículos del antiguo operador de la ruta, circulen cada 5 minutos, no es el criterio idóneo para considerar vulnerado el derecho y si en gracia de discusión se aceptara el mismo, en la inspección se determinó que una ruta del SITM, pasaba por el punto que sirvió de referencia cada 15 minutos, esta diferencia no hace que se pueda concluir que no existe una prestación del servicio en tiempos razonables, especialmente si se tiene en cuenta que la capacidad de transporte de los vehículos del SITM, es mayor, por lo que no es necesario que pase cada 3 a 5 minutos por que no sería rentable económicamente el servicio y congestionaría más las vías que utiliza.

Así las cosas, le correspondía a los demandantes probar que el SITM, había desmejorado la prestación del servicio a partir de las pruebas idóneas, conforme lo indica el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, que le impone la carga de la prueba y si bien el Juez de primera instancia decretó oficiosamente una inspección judicial, tampoco desplegó todo el poder oficioso que le da la ley para recopilar un acervo probatorio adecuado y pertinente para el asunto en cuestión, tal como lo hizo esta instancia para poder determinar si efectivamente existía o no vulneración al derecho colectivo alegado, a partir de los informes recepcionados.

⁴⁸ Reverso del folio 58 Cdn 9 y gráfica No. 1 de este fallo.

Por otra parte, considerar que llegar a un patio portal es innecesario y ordenar implementar modificaciones al sistema de transporte, lo puede realizar el Juez de la acción popular, siempre y cuando se encuentre demostrado con informes técnicos adecuados tal hecho, los que en el proceso están ausentes, verbigracia, la comparación con otro sistema de transporte similar y las razones del mejoramiento, teniendo en cuenta las condiciones geográficas del ciudad, pero no puede estar basado en el "parecer" del juzgador, sino en las pruebas idóneas recopiladas al interior del proceso.

Estudiando las demás interrogantes que nos competen, debemos plantear la siguiente cuestión: *¿se estudiaron las excepciones propuestas por las entidades demandadas?*

Entonces tenemos que, la Alianza Fiduciaria S.A presentó escrito de apelación, solicitando se revoque en lo referente a ella el numeral primero y séptimo de la sentencia, fundamentada en los siguientes argumentos: i) el A Quo omitió estudiar las excepciones de mérito que propuso en su escrito de contestación, y aun cuando afirma que la Alianza Fiduciaria S.A, como sociedad propiamente, es un tercero ajeno a la problemática, decidió declarar en el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia no probadas las excepciones de mérito, violando su derecho de defensa y debido proceso; ii) la sentencia desconoce la existencia de la separación patrimonial entre las sociedades fiduciarias y los patrimonios autónomos, de que trata el artículo 1233 del Código de Comercio.

Así las cosas, examina la Sala el escrito de contestación de la sociedad Alianza Fiduciaria, encontrándose que planteó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de nexo causal entre la Alianza Fiduciaria S.A y el demandante, legalidad de la actuación, y la falta de prueba en la que se acrediten las pretensiones de la demanda.

Además, se observa que interpuso recurso de reposición contra los autos de fecha 01 y 08 de marzo de 2018, mediante los cuales se admitió la demanda y la reforma de la misma, respectivamente; por considerar la existencia de una ineptitud de la demanda, que abogó en términos similares en los que soporta su falta de legitimación en la causa por pasiva en el escrito de contestación de la demanda.

Por auto del 20 de abril de 2018, el Juez de conocimiento decidió no reponer los autos en tela de juicio, expresando frente a los argumentos de la parte recurrente, que los mismos se dirigían a configurar la falta de legitimación material en la causa por pasiva, la cual debe ser estudiada al momento de proferir la sentencia, por lo tanto, esbozó: *“Razón por la cual, los argumentos planteados por el censor respecto a este punto de derecho será resuelto en la sentencia como una excepción de fondo”*.

Así pues, se procede a examinar la providencia recurrida, encontrándose que el juzgado de primera instancia frente a este sujeto procesal solo adujo que si bien, de ninguno de los testimonios recepcionados se le puede atribuir responsabilidad alguna en la vulneración de los derechos e intereses colectivos, la parte demandante sí alegó que la Alianza Fiduciaria S.A actuando como vocera del Distrito, siguió notificando a los propietarios de los vehículos del inicio del proceso de “chatarrización”, pese a existir una medida cautelar que permitió la circulación de los microbuses.

Por ende, estimó el A Quo que quedaba demostrada la existencia de un accionamiento de parte de la recurrente, que afecta indirectamente la normal prestación del servicio de transporte de microbuses, por lo que consideró apropiado exhortar a la Alianza Fiduciaria S.A, para que se abstuviera de seguir exigiendo, requiriendo o comunicando a los propietarios de los vehículos que circulan en la ruta 36A, para que inicien el proceso de “chatarrización”.

Siendo los anteriores, los únicos puntos debatidos en la sentencia en relación a la Alianza Fiduciaria S.A, advierte le Sala que le concede razón a la parte apelante, solo en cuanto a que la providencia no dilucida de ninguna manera los argumentos en que se fundan las excepciones por ella propuesta, lo que se constituye en una violación al derecho de defensa y debido proceso, por lo que deberá esta Corporación en esta instancia estudiar dichas excepciones.

En lo alusivo a la falta de legitimación en la causa por pasiva, arguye la parte recurrente que se configura como quiera que no es la Alianza Fiduciaria S.A identificada con el NIT 860.531.315-3 si no la Alianza Fiduciaria S.A. como vocera y administradora del Fideicomiso Fudo identificada con el NIT 830.053.812-2, quien debió ser llamada a responder en este proceso, debido a la separación de patrimonios de que trata el artículo 1233 del Código de Comercio. Pues bien, analiza la Sala de decisión, que en relación a las sociedades fiduciarias como voceras de los patrimonios autónomos, se contempla que estas, detentan una

identidad jurídica independiente⁴⁹, que permite distinguir entre las obligaciones de la fiduciaria que lo administra, cuando actúa como su vocera, y cuando la entidad financiera actúa en el giro ordinario de sus propios negocios; por este motivo, debe la sociedad fiduciaria dar a conocer la calidad con la que actúa frente a terceros.

En el sub judice, la parte recurrente señala que la providencia confunde los dos papeles que detenta, ya que a su juicio fue ligada al proceso a responder como sociedad en el giro ordinario de sus negocios, por hechos que ejecutó como vocera de patrimonio autónomo Fideicomiso Fudo.

De las afirmaciones previas, colige esta Corporación, no tienen asidero, puesto que no se contempla, que de los argumentos y las pretensiones de la parte accionante atribuyan responsabilidad a la Alianza Fiduciaria S.A en razón a hechos de esta sociedad propiamente, sino que como se desprende del escrito de la demanda, es llamada a responder a raíz de la notificación que realiza a los propietarios de los vehículos del proceso de “chatarización”, en la ejecución de un contrato de fiducia mercantil.

Frente a este hecho, es decir la notificación que realiza la sociedad fiduciaria, se aprecia que lo ejecuta dentro del marco de la administración y vocería del patrimonio autónomo Fideicomiso Fudo, tal como lo anota en sus argumentos la parte recurrente; además, se avizora que en el documento de notificación que aportó el extremo demandante como prueba, la sociedad da a conocer la calidad con la que actúa, que es la de vocero.

En este orden de ideas, se desglosa del expediente que la comparecencia de la parte recurrente al proceso, no se da por responsabilidad que se le impute directamente a causa del giro ordinario de sus negocios; sino por hechos cometidos como administradora del Fideicomiso Fudo, de modo que, contrario

⁴⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA - SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 14 de Julio de 2016. Rad: 25000-23-26-000-2006-01388-02. C.P. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia del 3 de agosto de 2005. Exp. 1909. citada en sentencia del CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN QUINTA DESCONGESTIÓN. 1 de marzo de 2018. Rad. 25000232400020050019501 C.P: Rocío Araujo Oñate: “lo lógico es que tales obligaciones queden directamente respaldadas por los bienes fideicomitidos, sin perjuicio de la responsabilidad que los interesados pudieren deducirle más tarde al fiduciario en caso de extralimitación de funciones o de la adopción de conductas censurables, a las cuales pudiera imputarse el incumplimiento de las obligaciones y las consecuencias negativas sobre los bienes”; y cuanto más las puede ejercer si el respectivo contrato en el que participa con ocasión de ser fiduciario, debe celebrarlo porque así se le impone en el acto de constitución de la fiducia, lo que implica llevar la personería para ese efecto”. Conc. Artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010.

a lo manifestado en el escrito del recurso de apelación, no puede entenderse otra cosa distinta a que la Alianza Fiduciaria S.A fue ligada al proceso como vocera del Fideicomiso Fudo.

Sin embargo, advierte la Sala que bajo una óptica diferente, si se advierte la configuración de la falta de legitimación material en la causa por pasiva, puesto que no tiene la Alianza Fiduciaria S.A una relación fáctica real con el litigio de la presente acción, es decir, materialmente no está ligada a la prestación del servicio público de transporte que es el derecho invocado como amenazado; para entender mejor esta afirmación, es necesario examinar el papel de la Alianza Fiduciaria frente al Sistema Integral de Transporte Masivo.

Como primera medida, resulta muy importante aclarar que en la actualidad la prestación del servicio público de transporte en la ciudad de Cartagena, está en cabeza de TRANSCARIBE S.A, una empresa industrial y comercial del estado encargada de la construcción, implementación y operación del Sistema de Transporte Masivo del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena, es decir, ella funge como titular del sistema Transporte masivo en sus diferentes modalidades.

Pues bien, es con esta sociedad y sus concesionarias⁵⁰ que se percibe una relación con la Alianza Fiduciaria S.A, puesto que celebraron un contrato de fiducia mercantil⁵¹, con el fin de que esta última manejara los recursos del Fondo Unificado de Desintegración y de Operadores- FUDO.

Lo anterior implica, que como en todo contrato de fiducia mercantil,⁵² existe una transferencia de bienes por parte del constituyente, denominado fiduciante o fideicomitente hacia una fiduciaria, para que esta última cumpla con una finalidad específica que es determinada por el constituyente.

Valga aclarar, que, de la transferencia de bienes en comento, se conforma lo que se denomina como un patrimonio autónomo, toda vez que los bienes que salen del patrimonio del fideicomitente, contrario a lo que se pensaría, no

⁵⁰ TRANSCARIBE S.A celebró contratos de concesión con SOTRAMAC S.A.S Y TRANSAMBIENTAL S.A.S., previa adjudicación de licitación, con el fin de llevar a cabo la operación del SITM, es decir, para llevar a cabo materialmente la prestación del servicio.

⁵¹ Fols. 272-326 Cdno 2

⁵² Código de Comercio, artículo 1226: "La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario"

entran a hacer parte del patrimonio del fiduciante, si no que se constituye como un patrimonio individual.

Siendo así, en el caso bajo estudio, las sociedades TRANSCARIBE S.A, SOTRAMAC S.A.S Y TRANSAMBIENTAL S.A.S transfirieron activos que pasaron a constituirse en un patrimonio autónomo denominado Fideicomiso FUDO, encargando a la Alianza Fiduciaria S.A la administración del mismo, la realización de pagos desde la cuenta de desintegración y la cuenta del fondo de operadores en favor de destinatarios conforme a las especificaciones del contrato, como se desprende de la cláusula cuarta del contrato de fiducia suscrito⁵³.

También, se observa que la Alianza Fiduciaria S.A, en conjunto con un comité fiduciario, se encargan de realizar tanto un seguimiento, como la verificación de documentación del proceso de desvinculación y desintegración física de los vehículos del transporte público colectivo, procedimiento dentro del cual la fiduciaria por orden del Comité Fiduciario debe informar el estado del vehículo al propietario y en caso de ser apto para llevar a cabo este trámite, debe indicar la fecha límite que tiene el propietario para entregar el vehículo que será desintegrado; además, se encuentra obligada a realizar el pago del valor previsto por surtir ese procedimiento⁵⁴.

De todo lo anterior, se vislumbra que las funciones de la Alianza Fiduciaria S.A solo se encuadran dentro proceso de desvinculación y desintegración física de los vehículos del Transporte Público colectivo, administrando los activos que conforman el patrimonio autónomo Fideicomiso Fudo, de tal manera, que se cumpla con el fin que dio origen a su creación bajo los parámetros establecidos en acto de constitución; ello, le da la categoría de vocera de ese patrimonio autónomo, por lo que podrá celebrar y ejecutar todos los actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso, dentro de los términos señalados en el contrato de fiducia.

En consecuencia, se denota que la Alianza Fiduciaria S.A no interviene en la prestación del servicio de transporte que está en cabeza de TRANSCARIBE S.A, puesto que su participación frente a SITM, se encuentra restringida a la administración de un patrimonio autónomo, creado con el fin de realizar los pagos de los valores que resulten del proceso de desvinculación y

⁵³ Folio 286 Cdno 2

⁵⁴ Clausula décima, Capítulo Cuarto del contrato de fiducia mercantil, que reposa en los folios 286-291 Cdno 2

desintegración física de los vehículos de transporte público colectivo. Por esta razón, es innegable que esa sociedad no tiene participación en los hechos que dieron origen a la formulación de la presente acción, esto es, la amenaza del derecho al transporte público de forma eficiente y oportuna, a causa de la supresión de la ruta 36A de microbuses y la consecuente implementación de las rutas del SITM.

De igual forma, se observa que sus funciones nada tienen que ver con las pretensiones de la parte accionante, dado que no es responsable de la determinación de rutas o la eliminación de ellas y mucho menos de la prestación del servicio público de transporte; por lo tanto, se encuentra configurada la falta de legitimación material en la causa por pasiva frente a la Alianza Fiduciaria S.A, como quiera que no existe respecto de ella, como parte demandada, una relación con las pretensiones de la demanda.

En vista de que se encuentra configurada la falta de legitimación por pasiva, se abstendrá esta Sala de estudiar las demás excepciones de mérito propuestas por la Alianza Fiduciaria S.A. por cuanto resulta inocuo, asimismo no se examinarán los otros reparos contenidos en el escrito de apelación, habida cuenta que perdió la legitimación para recurrir⁵⁵.

Continuando con el análisis, tenemos la siguiente pregunta: *¿El restablecimiento de un derecho colectivo, vulnerado con la prestación del servicio público de transporte, se logra ordenando habilitar una ruta de TPC a una empresa del sector, que por mandato legal se suspendió su operación u ordenando a la actual prestadora del servicio de transporte tomar medidas para lograr ese mejoramiento del servicio?*

La respuesta a este cuestionamiento, para esta Sala, es que si bien, de los testimonios y la inspección judicial, se obtuvieron unos hechos indicadores que denotan ciertas incomodidades, que sufrieron los usuarios en un primer estado de la implementación del SITM, no es menos cierto que la solución a dichos problemas no es devolver a la vida jurídica, unos actos administrativos por medio de una acción que no es la establecida para ese fin.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera. Providencia del 13 de febrero de 2013. C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicado: 11001-03-26-000-2012-00078-00(45679)A: "(...)en materia de recursos judiciales queda claro que solamente le asiste legitimación para recurrir a la parte que se considera vulnerada en sus intereses con la decisión"

En relación a lo anterior, tenemos que el funcionamiento de las rutas de TPC estaba sometida a una condición suspensiva, condición que tenía vigencia por medio de Actos Administrativos cuya ilegalidad no fue declarada, por tanto, no existen fundamentos normativos que permitieran devolverle eficacia a dichas normas, cuya condición se declaró cumplida y, por ende, se procedió a la cancelación de la ruta 36A.

Por lo que esta Corporación, no le da razón al A quo, en su determinación de mantener la condición suspensiva que permite el funcionamiento de la ruta 36A, entendiendo que si bien el servicio del SITM no está cercano a su completa puesta en funcionamiento, como Juez constitucional debe propender por la consecución de los fines superiores del Estado, buscando el desarrollo de los asociados como sociedad, en busca del bien general. Lo anterior se logra, usando las herramientas que a los operadores judiciales nos otorga el ordenamiento jurídico, como lo es en el caso concreto, instar a la actual encargada de prestar el servicio del SITM, a TRANSCARIBE S.A y a sus operadores, así como a la administración Distrital, a seguir con su implementación y propender consecuentemente con su mejoramiento en las zonas en donde se avizore que es más necesario, ya que si bien han venido realizando mejoramiento de las vías que utilizan para la prestación del servicio, no están en óptimas condiciones todas, y hacen falta los paraderos adecuados tanto para la población en caminar normalmente como para las discapacitadas visual y motrizmente, lo cual debe realizarse en un tiempo máximo de un año.

Por todo lo anteriormente analizado, se llega a la conclusión de que con la eliminación de la ruta 36A de transporte colectivo, no se vieron afectados de forma desproporcionada los derechos de las comunidad de los barrios por los que transitaba esta ruta, acotando que el actual modelo de SITM cumple con la prestación del servicio de transporte satisfaciendo los parámetros de oportunidad, eficiencia y seguridad, al garantizar este, un servicio con mayor cobertura, integrado, en obediencia de las normas en materia de tránsito, disminuyendo la siniestralidad vial y que tiene en cuenta a las personas en condición de movilidad reducida.

En consecuencia, se revocará la sentencia de primera instancia en todos sus numerales de la parte resolutive, excepto el sexto que ordena exhortar a Transcaribe y al Distrito de Cartagena, para que realice de las gestiones para

mejorar la malla vial⁵⁶ y la implementación de los paraderos⁵⁷ de acuerdo a lo encontrado probado en el proceso y como una acción preventiva que garantice los derechos aquí alegados, el cual será complementado con lo dispuesto en esta Providencia.

5.6. De la condena en costa.

El artículo 38 de la Ley 472 de 1998 establece que, en las acciones populares es procedente la condena en costas, conforme lo establece el Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso; así mismo expone que *“sólo se podrá condenar al demandante a sufragar los honorarios, gastos y costos ocasionados al demandado, cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe. En caso de mala fe de cualquiera de las partes, el juez podrá imponer una multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales, los cuales serán destinados al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, sin perjuicio de las demás acciones a que haya lugar.*

En el caso bajo estudio, no hay lugar a condenar en costas a la parte demandante, porque no se demostró que haya actuado con temeridad o mala fe.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA

PRIMERO: ACEPTAR, el impedimento presentado por el magistrado EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS, por lo consignado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa de Alianza Fiduciaria S.A, por lo indicado en este fallo

TERCERO: REVOCAR el fallo de primera instancia, por las consideraciones antes expuestas. Como consecuencia de lo anterior, **NEGAR** las pretensiones de la demanda, excepto el numeral sexto de la parte resolutive, por lo expresado en la parte considerativa.

⁵⁶ Fols. 492 cdno 3 de la contestación de la demanda de Transcribe; Ver primer CD inspección judicial, archivo 6-9

⁵⁷ Ver primer CD inspección judicial, archivo 2,3,4, y 5

CUARTO: COMPLEMENTAR el numeral sexto del fallo de primera instancia el cual quedará así:

“EXHORTAR A la actual encargada de prestar el servicio del SITM, TRANSCARIBE S.A y a sus operadores, así como al Distrito de Cartagena, **para que realice de las gestiones para mejorar la malla vial**, realizando mejoramiento de estas en los barrios que dieron origen a esta acción **y la implementación de los paraderos** adecuados, en dichas zonas, tanto para la población en general, así como para los discapacitados visual y motrizmente, lo cual debe realizarse en un tiempo máximo de un año.”

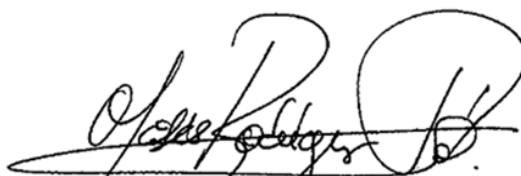
QUINTO: NO CONDENAR EN COSTAS, por lo plasmado en las consideraciones.

SEXTO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 010 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS
Impedimento



JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ

Cartagena de Indias D.T. y C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Doctor:

Moisés de Jesús Rodríguez Pérez

Magistrado del Tribunal Administrativo de Bolívar

E. S. D.

Referencia: Impedimento

Acción	POPULAR
Radicado	13-001-33-33-008-2018-000038-03
Demandante	ALBERTO MARÍN ZAMORA
Demandado	MINISTERIO DE TRANSPORTE- DISTRITO DE CARTAGENA- DEPARTAMENTO DE TRANSITO Y TRANSPORTE DE CARTAGENA- TRANSCARIBE S.A -ALIANZA FIDUCIARIA S.A.
Magistrado	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

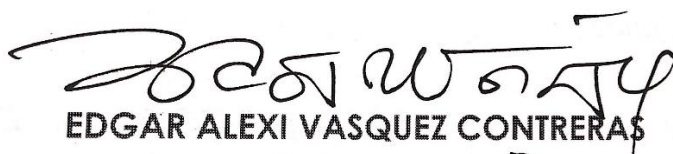
Manifiesto mi impedimento para conocer en segunda instancia el asunto de la referencia, amparado en el numeral 3º del artículo 141 del Código General del Proceso, el cual establece textualmente lo siguiente.

“3. Ser cónyuge, compañero permanente o pariente de alguna de las partes o de su representante o apoderado, dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.”

Lo anterior, porque el apoderado del Distrito de Cartagena, el Dr. Edgar Alfredo Vásquez Paternina, identificado con cedula de ciudadanía N° 1.047.445.641, es mi pariente en tercer grado de consanguinidad (sobrino).

Como consecuencia de lo anterior, declaro mi impedimento ante usted para conocer del proceso.

Atentamente,


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS
Magistrado